

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

La Plata, Septiembre de 2017

Comisión 10: “Derecho Notarial Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”

Ponencia: “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación prohíbe únicamente mandato con el otorgamiento de poder entre los cónyuges para prestar asentimiento conyugal de actos de enajenación y gravamen respecto de la vivienda habitual de la familia y los bienes indispensables de esta”.

Autores: *Ab. Gloria Gimenez y Ab. Maximiliano Schweitzer.* *¹

Propongo que las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil declaren que:

SUMARIO: 1. Planteo del problema. 2. El régimen conforme el CCN. 3. Asentimiento conyugal en el CCyCN. 4. Asentimiento Conyugal anticipado, poder para dar asentimiento conyugal y mandato entre cónyuges. 5. Conclusiones.

1. Planteo del problema. Una de las cuestiones de mayor trascendencia en todo matrimonio es la relativa a la vivienda habitual de la familia. En efecto, la vivienda habitual, como base física del hogar, así como los muebles de uso ordinario de la familia, son elementos esenciales para la satisfacción de sus necesidades más elementales; y ello con independencia de que su titularidad corresponda a ambos cónyuges, a uno sólo de ellos e incluso a un tercero.

Es por ello que *el legislador* dicta al respecto reglas imperativas, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que, de una parte, tiene por objeto *evitar que uno de los cónyuges lleve a cabo unilateralmente actos dispositivos de la vivienda habitual o de los bienes muebles de uso ordinario de la familia*, en cuanto pudiera afectar a la estabilidad de la sede familiar.²

Una de las novedades más radicales que contiene la reforma es la protección de la vivienda familiar que resulta mucho más tuitiva que la otorgada por el régimen anterior del bien de familia y por el artículo 1277 del Código Civil de la Nación (en adelante CCN) y se encuentra contemplada entre otros en el artículo 456 del Código Civil y comercial de la Nación (en

¹ * Abogados, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata.

² MEORO, Mario Clemente. "Los efectos patrimoniales del matrimonio". En "Derecho de Familia" Coordinado por Gema Díez — Picazo Giménez. Ed. Thomson Reuters, 2012, p.. 559.

adelante CCyCN) que dice que "Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis -6- meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis -6- meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Por su parte El Art. 459 del CCyCN, referido al mandato

2. El régimen conforme el CCN.

- **Actos que requieren el asentimiento.** El antiguo art. 1277 del CCN establece que para disponer del inmueble en que está radicado el hogar conyugal se requiere del asentimiento de ambos cónyuges. La legislación actual establece una norma más amplia porque habla de disponer de los derechos sobre la vivienda.

La fórmula derecho sobre la vivienda es más amplia que actos de disposición y comprende todos los actos de disposición de contenido real, es decir la venta, permuta, usufructo, uso y habitación y también los actos de disposición de tipo personal como la locación y el comodato.

En definitiva los actos que requerían asentimiento son todos aquellos que impedían o restringían el uso de la vivienda por los cónyuges.

- **Innecesariedad de la existencia de hijos.** El art. 1277 del CCN dispone que será necesario el asentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble en que está radicado el hogar conyugal si hubiera hijos menores o incapaces.

La legislación actual no contiene el requisito de la existencia de hijos, la protección a la vivienda familiar se otorga desde el nacimiento del matrimonio aun cuando no existieran descendientes. Basta para otorgarla que en el hábitat vivan los cónyuges independientemente de la existencia de hijos.

3. Asentimiento conyugal en el CCyCN.

Para comenzar a hablar del asentimiento en el régimen del CCyCN es dable comenzar con el artículo 470 CCCN se enmarca dentro de las disposiciones atinentes al régimen de comunidad, en la sección 4ta, capítulo 2, título II del libro segundo, por lo que resulta aplicable a todos los matrimonios que no han optado por el régimen de separación de bienes.

Cabe mencionar que el artículo 469 se encarga de consagrar expresamente el principio de

gestión separada respecto de los bienes propios, salvo lo dispuesto en el artículo 456, referente a la vivienda familiar que más adelante se tratará. En ese mismo sentido, el artículo 470, en su primer párrafo, reitera idéntico principio en materia de bienes gananciales, encargándose a continuación de establecer la excepción a la regla, especificando en qué casos deberá requerirse el asentimiento del cónyuge no titular.

Este artículo se basa en una cuestión estrictamente fáctica, es decir, se torna operativo por el solo hecho de estar el inmueble destinado a vivienda familiar, no siendo necesario que el mismo se encuentre afectado formalmente a vivienda en los términos del artículo 244 y ss. CCCN. En consecuencia, la norma positiva se muestra más generosa, en cuanto a su extensión, que el régimen del CCN³

La norma consagra que requiere asentimiento conyugal para disponer de derechos, es por ello que ahora han quedado alcanzados, dentro del requisito del asentimiento conyugal, supuestos que anteriormente no lo estaban, debiéndose incluir en el alcance de la norma todo acto jurídico que tuviese como consecuencia impedir total o parcialmente, en forma permanente o transitoria, el efectivo uso de la vivienda familiar o sus muebles indispensables.

En el mismo orden de ideas quedan englobados los actos jurídicos que tuvieren por objeto la constitución, transferencia, modificación o extinción tanto de derechos reales como personales.

Por su parte el asentimiento conyugal exigido por el artículo 456, que tiene como objetivo la protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables, con independencia del régimen patrimonial matrimonial al cual se encuentran sometido los cónyuges y sin atender al carácter propio o ganancial que pudiere revestir el bien.

Conforme el artículo el asentimiento se torna exigible sea el disponente propietario del inmueble, usufructuario, usuario, locatario o comodatario. De ahí, por ejemplo, sería necesario el asentimiento del cónyuge del locatario si este pretendiera celebrar convenio de desahucio, o rescisión o cesión del contrato de locación sobre el inmueble que sirve de vivienda familiar o si, inversamente, el cónyuge propietario decidiera ceder en locación el inmueble en que está radicada su vivienda familiar.

Art. 457: "En todos los casos en que requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos."

Art. 458: "Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que

³ La mayor diferencia de la norma con su antecesora es que basta que sea vivienda familiar, sin otro requisito, y se deroga el requisito de que existan hijos menores o incapaces (Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 412).

requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo."

Estas disposiciones dejan de lado la utilización del término consentimiento empleado en el art. 1277 del Cód. Civil y criticado unánimemente por la doctrina, en su lugar se requiere del asentimiento; que es la declaración o conformidad del cónyuge no titular de la gestión del bien: declaración de conformidad con un acto jurídico ajeno, es decir, concluido por otro. Se trata de una declaración de voluntad que no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino condición jurídica para la validez de él. Es decir que el cónyuge no co-dispone con el titular del derecho.

La norma requiere el asentimiento no sólo al acto en sí sino también a sus elementos constitutivos (precio, plazos para el pago, garantías, etc.). En caso de negativa a prestar el asentimiento, se puede solicitar la venia judicial supletoria.

La autorización judicial sólo puede ser dada para que el cónyuge titular realice el acto de disposición, pero no es válida para autorizar al no titular a realizar el acto de disposición, es decir, el juez no puede obligar al dueño de la vivienda a realizar un acto a pedido de su cónyuge, debe limitarse a dar su autorización cuando el otro la niegue y no esté comprometido el interés familiar.

La jurisprudencia en nuestros tribunales ha tenido oportunidad de perfilar qué debe entenderse por interés familiar y se ha coincidido que cuando el acto prive al cónyuge o a sus hijos de la habitación contraría el interés familiar, y la autorización sólo debe proceder si se le otorga otro hogar de comodidad suficiente de acuerdo al estándar de vida familiar.⁴

Al establecerse que el asentimiento debe darse sobre los elementos constitutivos se busca evitar el asentimiento general anticipado tan discutido en nuestra doctrina por tratarse de una manera de desnaturalizar el régimen vigente.

4. Asentimiento Conyugal anticipado, poder para dar asentimiento conyugal y mandato entre cónyuges.

Normalmente el cónyuge no titular otorga su asentimiento concomitantemente con el acto jurídico principal, actuando conjuntamente ambos cónyuges. No obstante ello, puede ocurrir que el cónyuge asintiente no pueda o no quiera estar presente al momento de otorgarse el negocio jurídico, pudiendo brindar su conformidad con anterioridad o posterioridad, supuesto

⁴ CNCiv. Sala C 27/5/86 "M.J.M c. M.D.M.", JA 1986-IV-150, síntesis; conf. BOSSERT, "Régimen jurídico de los alimentos", Nro. 248; comparar, LLOVERAS, "Gestión de los bienes de los esposos en la sociedad conyugal" JA, 1986-II-881.

este último en el cual se configuraría una confirmación convalidando el acto viciado.

Si el cónyuge no titular no pudiere o quisiere estar presente al momento de perfeccionarse el negocio jurídico y las partes del mismo no están dispuestas a quedar sometidas a la necesidad de un acto jurídico confirmatorio posterior, existen dos opciones posibles: a) otorgar el asentimiento conyugal de manera anticipada o; b) conferir poder para que otra persona, en nombre y representación del cónyuge no titular, preste la conformidad exigida por ley, configurándose evidentemente dos actos jurídicos distintos, es decir, y haciendo un juego de palabras, debe distinguirse, por un lado, el acto jurídico de asentir y, por otro, el acto jurídico de apoderamiento destinado a que un representante otorgue el acto de asentimiento.⁵

Adviértase que todo lo que aquí se trate respecto de los requisitos del asentimiento, poder para asentir y mandato entre cónyuges, se aplica tanto a los casos alcanzados por el artículo 456 como por el 470, salvo las disquisiciones respecto del mandato entre cónyuges.

Respecto del poder para asentir por un lado nada impide que el asentimiento conyugal sea prestado a través de un representante, de hecho tiene tratamiento legislativo específico; en consecuencia, el acto de apoderamiento con tal fin es perfectamente válido (art. 358, 375 inciso b) y 459) y, por otro lado no es lo mismo otorgar asentimiento conyugal anticipado, a lo que ha hecho referencia al inicio de este punto, que apoderar a una persona para que, en nombre y representación del cónyuge no titular, preste asentimiento en los casos que la ley lo requiera.⁶

Partiendo de la base de la distinción entre ambos actos jurídicos, entendemos que las reglas aplicables al poder para asentir no son las mismas que las que rigen respecto del asentimiento propiamente dicho.

En tal sentido, adviértase que en el artículo 375 inciso b) se regula específicamente el poder para prestar asentimiento conyugal, estableciendo que entre los actos respecto de los cuales son necesarias facultades expresas de representación se encuentra el “otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere”.

De la norma transcripta surge que el único requisito que debe llenar el poder para prestar asentimiento es la identificación de los bienes sobre los cuales ha de versar.

No parece apropiado extender los recaudos del artículo 457 CCyC al acto de apoderamiento en cuestión, pues el mencionado artículo regula los requisitos que debe reunir el acto de asentimiento considerado en sí mismo, que en la hipótesis que estamos planteando será otorgado precisamente por el apoderado.

⁵ Ver Pelosi, Carlos A., “Artículo 1277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento”, en *Revista del Notariado*, N° 700, 1968, pp. 738-767.

⁶ En este sentido, se ha dicho que “el consentimiento o asentimiento a priori no debe ser confundido con el poder y, por lo tanto, deberá tener una redacción acorde con su objeto y finalidad” (Pelosi, Carlos A.).

Es decir, los recaudos del 457 deberán ser observados recién en el momento en que el apoderado, en ejercicio de las facultades de representación, concurra a prestar el asentimiento que se le ha encomendado; será el apoderado el que, según las circunstancias negociales concretas, otorgue el asentimiento respecto del acto jurídico principal, siempre que el mismo convenga a los intereses de su mandante o de su grupo familiar.⁷

A ello cabe agregar que si el poder para asentir debiera llenar los mismos requisitos exigidos para prestar el asentimiento, no habría en definitiva diferencia entre ambas figuras, pues el acto de apoderamiento configuraría en realidad el asentimiento conyugal anticipado, además de enfrentar al interesado a una serie de variantes que resultan imposibles de prever, tal como dijéramos más arriba. De hecho, es de advertir que el apoderado estará en mejores condiciones para defender los intereses del cónyuge no titular, pues recién otorgará el asentimiento una vez impuesto de los detalles del negocio jurídico, contando con información más completa que aquella con la que posiblemente cuente el cónyuge que decide prestar un asentimiento de manera anticipada.

En el mismo orden de ideas, no debe perderse de vista que el mandatario debe actuar siempre procurando satisfacer los intereses de su mandante, de manera que la confianza es la base del contrato de mandato, circunstancia que justifica la admisión de actuar a través de un representante, aun en materia sensibles como la que estamos analizando.⁸

Completando la regulación del otorgamiento de asentimiento a través de representantes voluntarios, el artículo 459 se encarga de regir específicamente el mandato entre cónyuges. El mentado artículo establece: *“Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos”*

El artículo transcrito consagra una regla que, desde el punto de vista de los cónyuges sujetos al régimen de comunidad, resulta permisiva, autorizando el mandato entre ellos, configurando esto una excepción a la inhabilidad consagrada en el artículo 1002 inc. d), pero, respecto de los cónyuges que han optado por el régimen de separación de bienes, constituye una limitación a su total libertad de contratación recíproca.

⁷ En idéntico sentido, se ha sostenido que “será válido el poder otorgado para dar el asentimiento con relación a determinados bienes, facultando al representante a decidir sobre la oportunidad en la que se brinde este asentimiento con relación al negocio jurídico especialmente determinado en cuanto a sus elementos, en cumplimiento del artículo 457 del Código Civil y Comercial” (Dallaglio, Juan C., “La representación voluntaria”, en Kiper, Claudio M. [dir.] y Daguerre, Luis O. [coord.], Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 91).

⁸ Recuérdese que entre las obligaciones legalmente impuestas al representante están las de fidelidad y lealtad (art. 372 inc. a CCyC).

Se prevé expresamente la posibilidad de que una persona otorgue poder a su cónyuge para que este, en su nombre y representación, otorgue todos los actos patrimoniales de su competencia, eximiendo al apoderado de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos, salvo pacto expreso en contrario.

Si bien en ello es claro el artículo, lo referente a la posibilidad de que el apoderado se preste a sí mismo el asentimiento ha sido uno de los temas que más controversia ha generado.

En efecto, algunos intérpretes han entendido que la prohibición contenida en el artículo bajo análisis se extiende a todos los casos en que es necesario el asentimiento conyugal y no solo cuando se trata de disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, argumentando que, como el artículo 470, última parte, remite a las disposiciones de los artículos 456 a 459, por una especie de doble remisión, la prohibición se torna operativa en todos los supuestos. Es decir, como el artículo 470 (referente al asentimiento que gira en la órbita del régimen de comunidad) hace remisión al artículo 456 (atinente a la vivienda familiar y aplicable tanto al régimen de separación de bienes como al de comunidad) se concluye que la prohibición contenida en el artículo 459, al aplicarse a los casos alcanzados por el artículo 456, se aplica también al asentimiento regulado en el artículo 470.

No concordamos con este modo de interpretar la norma, pues entendemos que el artículo 459 CCyC ha buscado limitar la prohibición a los supuestos en los que el asentimiento conyugal es exigido para resguardar los derechos sobre la vivienda familiar o sus muebles indispensables, no así en los casos en que el asentimiento conyugal se torna exigible por imperio del artículo 470. Tomando las consideraciones hechas por los autores que se enrolan en la corriente contraria, que basan su posición en la remisión hecha por el artículo 470 in fine, entendemos que precisamente por esa remisión es que el legislador, sabiendo que iba a operar tal envío, es que se encargó de aclarar, en el artículo 459, que la prohibición se limita los supuestos del asentimiento conyugal exigible en atención a la protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables. En igual sentido se ha afirmado, con relación al artículo 459 aquí analizado: “Expresamente prohíbe la facultad de darse a sí mismo el asentimiento en los casos del art. 456, es decir para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, de los muebles indispensables de ésta o transportarlos fuera de ella.”

De haberse querido hacer extensiva la restricción a todos los casos en que se exige el asentimiento del cónyuge no titular hubiese alcanzado la primera parte de la oración: “Pero no para darse a sí mismo el asentimiento”, pues precisamente por la remisión ya destacada hubiera alcanzado tanto a los supuestos del artículo 456 como a los del artículo 470. Pero al incluir la aclaración “en los casos en que se aplica el artículo 456”, parece lógico interpretar que se ha buscado establecer una valla a la prohibición, limitándola únicamente a los casos

del asentimiento previsto para protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables.

Consideramos que al momento de otorgar el poder para que el cónyuge se preste a sí mismo el asentimiento, será el poderdante quien deberá manifestar que el inmueble objeto del mandato no es su vivienda familiar, no siendo admisible que sea el apoderado el que, al momento de ejercer la representación, haga tal manifestación, pues entendemos que dicha declaración hace a la legitimación subjetiva del poderdante que deberá verificarse en acto de apoderamiento.

En lo referente a este mandato entre cónyuges, la norma además se encarga de aclarar que no es posible pactar la irrevocabilidad en este tipo de poder, para evitar dejar al cónyuge no titular en una situación de desprotección. Al respecto, cabe distinguir este pacto de irrevocabilidad prohibido en el mandato entre cónyuges del caso en que se configura el supuesto fáctico previsto en el artículo 380 inciso c), de manera tal que cumplidos los requisitos para otorgar un poder irrevocable es perfectamente válido el poder que en tal carácter otorgue el cónyuge no titular para asentir, siempre que el apoderado no sea su propio consorte.

Por lo expresado es menester recalcar que el actual CCyCN, es caracterizado por un mayor respeto a la autonomía de la voluntad de los individuos adoptando un sistema más flexible o permisivo. Estableciendo que al momento de otorgar el acto de apoderamiento para asentir, solo exige la determinación de los bienes (art. 375 inc. b) y, del mismo modo, recién al momento de asentir requiere la individualización del acto y sus elementos constitutivos (art. 457).

En materia de mandato entre cónyuges, se acepta ampliamente tal contrato, incluso el destinado a permitir que el apoderado se preste a sí mismo el asentimiento conyugal, prohibiendo exclusivamente ese mandato cuando se trata de asentir respecto de los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o los muebles indispensables de esta.

5. Asentimiento conyugal.

❖ Actos Permitidos:

- Prestar asentimiento de forma anticipada (por medio de escritura Pública, de conformidad con el Art. 1017 CCyCN.).
- Otorgar poder para asentir:
 - A un tercero, el que puede ser irrevocable.
 - Al propio cónyuge, en los casos que se no se enmarcan dentro del art. 456 CCyCN.

❖ **Actos Prohibidos:**

- Otorgar poder para asentar, al cónyuge respecto de actos de transmisión y gravamen únicamente para el caso de la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta.
- Otorgar poder irrevocable para asentar, al otro cónyuge.